

KONSTITUCINĖ IŠIMTINĖS PADĖTIES SAMPRATA: TEISĖTUMO IR BŪTINUMO SANTYKIS VIEŠOJOJE TEISĖJE

Aušra Vainorienė

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Viešosios teisės katedros doktorantė
Saulėtekio al. 9, I rūmai, LT-10222 Vilnius
Tel. (+370 5) 236 61 75
El. paštas: ausra.vainoriene@tf.vu.lt

Straipsnyje įvairiais aspektais analizuojama išimtinės padėties teisinė samprata. Terminas „išimtinis“ viešosios teisės diskurse dažniausiai apibūdina tam tikrus veiksmus ar priemones, kurie nukrypsta nuo teisės ir visų pirma nuo konstitucinių normų ar principų. Kyla klausimų: ar išimtinė padėtis gali būti reguliuojama universaliomis teisės priemonėmis? Ar protinga „ištempti“ viešosios teisės sampratą už konstitucijos ribų krizinėmis situacijomis?

This article examines the legal notion of the state of exception. The term “exceptional” is used in public law to indicate a measure that deviates from legal and most importantly constitutional standards. This paper aims to answer, if state of exception can be governed by universal law? Does it make sense to stretch the notion of public law beyond the constitution to emergency situations?

Įvadas

Išimtinė padėtis (angl. *state of exception*) yra krizinė situacija, kurią pripažįsta įstatymų leidėjas ar vykdomoji valdžia ir kurios metu gali būti sustabdoma (visiškai ar iš dalies) tam tikrų žmogaus teisių apsauga ar kitų įstatymų vykdymas. Bendroju požiūriu krize laikytina netikėtai susidariusi situacija ar staigus įvykis, kurie kelia esminę grėsmę ir reikalauja nedelsiant imtis veiksmų. Mokslinėje kalboje krizė yra nenumatyta, fundamentali grėsmė teisinei tvarkai, kuri yra laikina ir neatidėliotina tuo požiūriu, kad reikalauja greito atsako ir yra ribotos trukmės.

Lietuvos teisėje šiame kontekste yra vartojami terminai „ekstremali situacija“, „nepaprastoji ir karo padėtis“ bei ypatingi įgaliojimai, anglakalbėse šalyse populiarūs „karo teisė“ ir „nepaprastosios priemonės“ (angl. *martial law, emergency powers*), kontinentinėje Europoje vartojami „būtinybės padėtis“, „nepaprastieji dekretai“ ir „apgulties padėtis“ (vok. *Ausnahmezustand, Notstand*; pranc. *état de siège*)¹. Karo padėties sąvoka šiame straipsnyje nevartojama, nes ji apibrėžia tam tikrus teisės institutus, susijusius su karo teise. Išimtinės padėties terminas skiriasi nuo Lietuvoje dažniau vartojamos nepaprastosios padėties – tai yra platesnis terminas, ši sąvoka nėra siejama su specialiu įstatymu (kitai nei Nepaprastosios padėties įstatymas), o vartojama siekiant apibrėžti teisės ribas, kai įprastinė teisė negali būti taikoma. Ji nenustato specialios teisės, tačiau suspenduodama juridinę tvarką, apibrėžia teisės ribą (išimtį).

Terminas „išimtinis“ viešosios teisės diskurse dažniausiai apibūdina tam tikrus veiksmus ar priemones, kurie nukrypsta nuo teisės ir visų pirma nuo konstitucinių normų ar principų ir dėl tos deviacijos laikomi nepageidaujamais ar netinkamais. Nors išimtinumo sąvoka kartais pasitelkiama pateisinti ar apginti tam tikrų valdžios veiksmų reikalingumą, tačiau dažniau ji vartojama pabrėžtinai neigiamu aspektu, kaip pagrindas kritikai.

¹ AGAMBEN, G. *State of Exception*. Chicago: University of Chicago Press, 2005, p. 4.

Iki šiol viešosios teisės doktrinoje nėra suformuotos nuoseklios išimtinės padėties sampratos. Kai kurie autoriai teigia, kad ekstremalios situacijos apskritai nepriklauso teisei ir egzistuoja už teisinio reguliavimo srities ribų, nes tai politinės teorijos problema². Kita vertus, nemažai teisės mokslininkų (pavyzdžiui, D. Dyzenhaus, J. Waldron, T. Poole) mano, kad neribota valdžia nėra tinkamiausias sprendimas išimtinėje padėtyje ir jų teorijoje siūloma išimtinę padėtį reguliuoti teisinėmis priemonėmis, o tai sukuria iš esmės naujus įgaliojimus krizei spręsti.

Vienas iš pirmųjų modernių išimtinės padėties tyrėjų buvo C. Schmitt. Knygoje „Politinė teologija“ jis apibūdina išimtį kaip kraštutinę koncepciją, kuri yra atsidūrusi labai prieštaringame santykiyje su teisės normomis ir taisyklėmis³. Jis teigia, kad vienintelė išeitis valstybei išimtinėje padėtyje yra sustabdyti teisės veikimą ir pasitelkti diktatūrą. Jo teorija sunkiai gali būti suderinama su liberaliosios demokratinės valstybės konstitucija⁴. Tačiau Schmitt analizė buvo iš naujo tiesiogiai ir gana plačiai pritaikyta šiuolaikiniuose debatuose apie išimtinę padėtį.

Daugiausiai autorių naudoja Schmitt analizę kaip metodą kritikuoti tai, ką geriausiai apibūdina G. Agamben, kaip išimtinės padėties transformaciją į „dominuojančią šiuolaikinę politikos paradigmą“⁵. Nepaisant Schmitt teorijos autoritarinių požymių, yra teisės mokslininkų (pavyzdžiui, B. Ackerman, K. L. Scheppele, J. Ferejohn ir P. Pashquino), manančių, kad ją galima saugiai panaudoti kaip conceptualų pagrindą šiuolaikinių tendencijų kritikai.

Straipsnio *tyrimo objektas* – teisės moksle kylanti išimtinės padėties sampratos apibrėžimo problematika, teorinės išimtinės padėties paradigmos ir šių paradigmų įtaka valstybės teisei sistemai. *Tikslas* – išimtinės padėties ir viešosios teisės conceptualaus santykio nustatymas. Ieškoma atsakymų į klausimus, ar išimtinė padėtis yra reguliuojama teisės? Ar ji apskritai gali būti reguliuojama universaliosiomis priemonėmis ir neprarasti išimtinumo? Ar yra protinga „ištempti“ viešosios teisės sampratą už konstitucijos ribų būtent krizinėms situacijoms?

Siekiant atsakyti į šiuos klausimus, straipsnio pradžioje pasitelkiamos C. Schmitt ir J. Locke teorijos⁶, išimtinės padėties koncepcijos klasifikuojamos į tam tikrus modelius, tuomet analizuojamos galimos grėsmės, reguliuojant išimtinę padėtį teisinėmis priemonėmis, ir pateikiami siūlymai, kaip jų išvengti. Šiame straipsnyje pateikiama išimtinės padėties kaip teisės koncepcijos formavimosi analizė, tai yra naujas požiūris egzistuojančiame diskurse. Straipsnyje naudojami istorinis, lyginamasis, sisteminis, gramatinis ir loginis mokslinio tyrimo metodai.

Daugiausia šaltinių buvo pasitelkta iš bendrosios teisės tradicijos (ypač JAV ir Jungtinės Karalystės teisės mokslo bei teismų praktikos), kuri yra bene turtingiausia šiuo klausimu. Be jau minėtų autorių, šiame straipsnyje remtasi įvairių kartų ir šalių teisės teoretikų veikalais, koncepcijomis ir jų formuojamomis idėjomis. Svarbią vietą tarp šaltinių užima ir kitų mokslo sričių – filosofijos, sociologijos ir politologijos mąstytojų samprotavimai. Lietuvos teisės moksle naudinga medžiaga buvo T. Berkmano, B. Gailiaus ir V. A. Vaičiaičio darbai.

² AGAMBEN, G. *State of Exception* <...>, p. 2.

³ SCHMITT, C. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2005. Nors „Politinė teologija“ nėra vienintelė Schmitt išimtinės padėties analizė, bet ji padarė didžiausią įtaką šiuolaikiniam mokslui. Todėl šiame straipsnyje, darant nuorodas į Schmitt teoriją, visuomet rašoma apie knygą „Politinė teologija“. Reikėtų paminėti, jog nedidelė dalis teisės mokslininkų visgi analizavo ir kitus Schmitt darbus, netgi teigė, kad „Politinė teologija“ nėra geriausia jo teorija. Daugiau žr.: ROSSITER, C. *Constitutional Dictatorship*. Princeton University Press, 1948.

⁴ Be kita ko, jo prieštarumas siejamas su jo veikla nacių Vokietijoje (buvo nacių partijos narys ir valdžios mėgiamas mokslininkas).

⁵ AGAMBEN, G. *State of Exception* <...>, p. 2.

⁶ C. Schmitt ir J. Locke būtent tokia eilės tvarka, nepaisant to, kad pirmojo autoriaus teorija sukurta gerokai vėliau nei antrojo, bet, straipsnio autorės nuomone, toks išdėstymas suteikia straipsniui aiškesnę struktūrą.

1. Išimtinės padėties paradigma

1.1. Išimtinės padėties kaip „gryno valdžios sprendimo“ modelis

Schmitt teorijos *locus classicus* skelbia: „Suverenas yra tas, kuris nusprendžia dėl išimties.“⁷ Jis išimti apibrėžė kaip suvereno sprendimą, kuris turi įgaliojimus nuspręsti, ar egzistuoja ekstremali situacija ir ką reikia daryti, kad ji būtų eliminuota. Suverenas atsiduria virš normaliomis aplinkybėmis galiojančios teisės sistemos, tačiau tarsi jai tebepriklauso, nes jis turi nuspręsti, ar konstitucijos galiojimas bus visiškai sustabdytas⁸.

Nors išimtinė padėtis yra esminis elementas Schmitt teorijoje, jis išimtinės padėties sampratos neapibrėžia. Schmitt manymu, tokį apibrėžimą suformuluoti yra neįmanoma, nes ne kiekviena išimtinė situacija yra būtinai išimtis konstituciniu požiūriu. Išimties koncepcija yra susijusi ne tik su egzistencinėmis krizėmis, bet ir su daugelių politinių fenomenų, kurie negali būti sureguliuoti universaliomis nustatytomis taisyklėmis. Išimtinę padėtį geriausiai apibūdina neribota valdžia, kuri reiškia visos egzistuojančios teisinės tvarkos suspendavimą⁹. Tačiau tokia padėtis skiriasi nuo anarchijos ir chaoso, nes tam tikra tvarka tebeegzistuoja, tik ji yra kitokia, išimtinė. Išimtinė padėtis egzistuoja teisės ribų pakraštyje, ji nėra nei teisinės sistemos viduje, nei išorėje, ir gali būti pavadinta ne teisine, bet *sui generis* tvarka.

Išimtis yra tai, ko negalima kategorizuoti, ji nepaklūsta bendrajai klasifikacijai, bet ir atskleidžia tam tikrą teisinį elementą, kurį Schmitt įvardija kaip „absoliučiai gryną sprendimą“¹⁰. Schmitt rašė, kad išimtis geriausiai atsiskleidžia situacijoje, kurioje galioja teisės preskripcijos, ir pasireiškia galiojančios teisės sutabdymu. Negalima sukurti tokių teisės normų, kurios būtų pritaikomos visoms ateities situacijoms, ir visiškai atsisakyti diskrecijos ir subjektyvių sprendimų priėmimo. „Absoliučiai grynas“ sprendimas ir rodo atvejį, kai suverenas nevaržomai nusprendžia, ką reikia daryti.

Schmitt teigė, kad išimtinė padėtis ir teisė iš esmės yra atskiros kategorijos. Tačiau iš jo teorijos išplaukia, kad suverenas sustabdo teisės galiojimą būtent tam, kad teisė išliktų ir, pasibaigus krizei, būtų atkurta. Taigi jo tikslas – konservatyvus. Pasak T. Berkmano, tai reiškia, jog Schmitt neturėtų būti priskiriamas teisiniam nihilizmui, nes jis yra tikriausias pozityvistas, nors pozityvizmą ir griežtai kritikavo¹¹. Nors Schmitt pagarsėjo kaip teisės viršenybės ir liberalizmo priešininkas, vis dėlto manytina, kad jis išimtinės padėties institutą siekė panaudoti teisės labui – jo teorijoje išimtinė padėtis yra juridinė priemonė, kuri leidžia apsaugoti teisę ir tvarką, kai nebelieka jokių kitų priemonių.

Schmitt savo teorijoje randa atsakymus į sudėtingiausius išimtinės padėties klausimus, tačiau jo atsakymas yra pagrįstas vienu iš pagrindinių argumentų – prievarta, o tai iš esmės grąžina valstybę į priešistorinę prigimtinę būklę. Suverenas, kaip valstybės valdžios ir kartu tautos atstovas, imasi smurto prieš pačią tautą. Tačiau smurtas yra skirtas ne valstybei kurti, o išlaikyti. Nesvarbu, ar galiojusi tvarka buvo teisėta, ar išimtinė padėtis kilo reikalaujant teisingumo. Suvereno prievartiniai veiksmai yra laikomi būtiniais, nes jų tikslas grąžinti galiojusią tvarką.

1.2. Išimtinė padėtis ir prerogatyvos modelis

Schmitt teorija iki tam tikro momento „sutinka“ su J. Locke, t. y. suverenas nusprendžia, kada egzistuoja išimtinė situacija ir kaip į ją reaguoti. Tačiau Locke nesutinka, kad išimtiniais atvejais valdžia

⁷ SCHMITT, C. *Political Theology* <...>, p. 5.

⁸ Ibidem, p. 6.

⁹ Ibidem, p. 12.

¹⁰ Ibidem, p. 12.

¹¹ BERKMANAS, T. Schmitt v. (?) Kelsen: the total state of exception posited for the total regulation of life. *Baltic Journal of Law & Politics*, 2010, Vol. 3, No. 2, p. 107.

jokia prasme nėra ribojama, o Schmitt liberali demokratija ir išimtiniai įgaliojimai yra paprasčiausiai nesuderinami. Nepaisant pirminio panašumo, Locke vartojama *prerogatyvos*¹² sąvoka yra visiškai priešingybė šmitiškajai išimtinumo idėjai. Locke detalios apibrėžia *prerogatyvą* santykyje su viešuoju geriu. Kiekviena neteisėta veikla nukreipta prieš visuomenės gerovę iš esmės yra tironija, kuri kelia grėsmę socialinei sutarčiai ir gali išprovokuoti revoliuciją¹³. Locke *prerogatyvos* idėja gali atrodyti nebaigta, tačiau ji yra suderinama su tautos suvereniteto idėja ir turėtų būti suprantama ne kaip „absoliutizmo atgyvena“, bet greičiau kaip įžvalgus siekis performuluoti teisės sampratą iš absoliutizmo diskurso, kryptimi, derančia su tautos suverenitetu ir konstitucija. Schmitt argumentai yra priešingos krypties, jų tikslas krizės metu pateisinti absoliučią suvereniteto koncepciją (diktatūrą) po konstitucijos ir demokratinės valstybės stogu.

Locke teorijoje galima aptikti daugelį idėjų, kurios yra vertos detalios analizės, tačiau šiame straipsnyje svarbu išnagrinėti įprastinių ir išimtinių įgaliojimų atskyrimo argumentus. Teisėkūros galia paprastai suteikiama parlamentui (bendrosios teisės tradicijos šalyse ir teismams), o išimtiniai atvejai paliekami vykdomosios valdžios *prerogatyvai*. Locke aiškiai teigia, kad *prerogatyva* yra suprantama kaip valdžia *extra et contra legem*¹⁴. Šiuo atveju ne tik formalus valdžios šaltinis yra kitas, bet ir pagrindas, kuriuo ši galia yra teisiskai pagrįsta. Ordinarinė teisė visų pirma grindžiama ryšiu su įprastu teisėkūros procesu ir pripažinimu visuomenėje. Locke prerogatyvos galią apibūdina kaip „nieką kitą, tik galią visuomenės gerovei didinti, be taisyklių“, kuri yra pagrįsta išimtinės situacijos būtinumu. Jis teigia, kad „tai yra būklė, kurioje patys įstatymai turėtų tam tikrais atvejais duoti kelią vykdomajai valdžiai, ar greičiau fundamentaliai prigimtinę teisę ir valstybės valdžiai <...>. Tokiu būdu visi visuomenės nariai būtų apsaugoti“¹⁵. Locke tarsi išskiria du valstybės valdžios lygmenis: vieną, pagrįstą nustatytomis institucinėmis taisyklėmis, kitą – iki tam tikro lygio pateisinamą reikalingumo pagrindu. Taigi jo išimtinės padėties teoriją galima vadinti dualistine.

Netinkamas prerogatyvos įgyvendinimas grąžina valstybę į prigimtinę būklę, kai kalbama apie valstybės valdžios ir jos tautos santykį. Locke teorija atskleidžia erdvę, esančią normalių konstitucinių rėmų pakraštyje, kuri atveria galimybę atsirasti *quasi* prigimtinę būklę, kurioje vyraujančios konstitucinės formos gali būti nustatomos iš naujo. Jeigu prerogatyvos įgyvendinimas yra priešingas tautos gerovei, kiekvienas asmuo įgyja teisę priešintis¹⁶. Taigi Locke prerogatyvos galia, nors formaliai neribota, yra ribojama prigimtinių teisės, nes galiausiai suvereno veiksmus įvertina Dievas ir tauta.

1.3. „Liberali“ išimtinė padėtis

Aptartos teorijos preziumuoja, kad išimtinėje padėtyje įprastinė teisė negali veikti, nes ji pernelyg suvaržo galimybes efektyviai reaguoti į krizę, todėl išimtinės padėties metu teisės galiojimas sustabdomas. Tai pateisinama būtinumu. Išimtinės padėties modelį, kai valdžia iš esmės gali neribotai naudotis išimtiniais įgaliojimais, galima pavadinti prerogatyvos arba diskrecijos modeliu. Tačiau suteikiant valdžiai neribotas galimybes veikti išimtinėje padėtyje, nelieta jokių garantijų, kad išimtinė padėtis neužtruks ir bus atkurta galiojusi tvarka.

¹² Lietuviškoje teisės terminų vartojimo tradicijoje šis terminas yra artimas *diskrecijos* sąvokai.

¹³ LOCKE, J. *Second Treatise on Civil Government*, 1690, p. 6 [interaktyvus. Žiūrėta 2013 m. gruodžio 27 d.]. Prieiga per internetą: <<http://www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm>>.

¹⁴ LOCKE, J. *Second Treatise* <...>, p. 3.

¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹⁶ Šiame kontekste Lietuvoje 1944–1953 m. veikęs partizanų judėjimas yra puikus teorinio modelio pavyzdys. Daugiau žr.: GAILIUS, B. Partizanų diktatūra. *Politologija*, 2011, 2 (62) tomas. Okupuotoje Lietuvoje partizanai skelbė, kad priešinsis tol, kol okupantai pasitrauks ir bus atstatytos nacionalinės institucijos, be to, jie turėjo tam tikrą vidaus tvarką, institucinę struktūrą, jie tuo metu buvo vienintelė armija ir politinės tautos atstovybė šalyje. Partizanų karas iš esmės buvo suverenos tautos sprendimas priešintis, t. y. tiesioginis tautos suvereniteto įgyvendinimas išimtinėje padėtyje.

Schmitt siūlomas diktatūros modelis kritikuotinas dėl daugelio aspektų, tačiau teigiami teorijos elementai yra siekiai aiškiai atskirti įprastinę teisę ir išimtinę padėtį bei aiškiai įvardijamas pastarosios laikinumas ir konservatyvus tikslas. Locke teorijoje išimtinės prerogatyvos sąvoka sudaro sąlygas politiniams veiksams, kurie yra eksplicitiškai priešingi įprastinei teisei, tačiau vis tiek laikomi konstitucinės tvarkos dalimi. Dėl to Schmitt įžvelgia akivaizdžią grėsmę, kad gali išnykti skirtumas tarp įprastinės teisės, priimtos normaliomis aplinkybėmis, ir priemonių, išleistų vykdomosios valdžios dekretais, išimtinėje padėtyje¹⁷.

Reikia pažymėti, kad Schmitt kaltina liberalus išimtinės padėties „apleidimu“ kur kas anksčiau nei tai iš tikrųjų buvo padaryta. Jis teigia, kad išimtinė padėtis buvo nesuderinama, „nebendramatė“ su Locke konstitucionalizmo teorija¹⁸. Tačiau Locke „prerogatyvos galia“ yra būtent vienas iš paskutinių išimtinių politinių galių reiškinių liberalizmo teorijoje¹⁹. Nors Locke, priešingai nei Schmitt, teigė, kad veiksmai virš ar prieš teisę esant nenumatytoms aplinkybėms yra ne tik suderinami su konstitucija, bet ir kyla iš paties konstitucionalizmo.

Kita vertus, dalis Schmitt išsakytos liberalizmo kritikos yra pagrįsta. Ji skirta daugiausiai Monteskieu teorijai dėl valdžios galių atskyrimo. B. Manin pažymėti, kad viena iš Monteskieu svarbiausių inovacijų būtent susijusi su diskrecijos galių atsisakymu trijų valdžių funkcijose²⁰. Kartu tai reiškė ir išimtinės padėties panaikinimą²¹. Tačiau išimtinės padėties neigimas ir diskrecijos, kuri tradiciškai buvo sankcionuota tvarkytis su išimtimi, vengimas ne tik kad paverčia liberalius režimus atvirus krizėms, bet ir palieka pažeidžiamus tokių alternatyvų, kaip buvo siūloma Schmitt²². Atsisakius prerogatyvos idėjos, neliko jokios galimybės valdžiai elgtis teisėtai krizės metu. Šioje situacijoje vienintelė išeitis elgtis neteisėtai ir bandyti parodyti savo veiksmus kaip teisėtus.

2. Konstituciniai išimtinės padėties modeliai

2.1. Išimtinės padėties ir teisės santykis

Schmitt teorija teisinėje sistemoje sukuria situacijas, kurias D. Dyzenhaus vadina „juodosiomis skylėmis“. Šmitiškoji „išimtis“ nelaikoma nei teisės pasitraukimu, nei specialia teisės šaka, bet greičiau teisės nebuvimu, įtvirtintu pačioje teisėje po būtinumo koncepcija – „juodąja skylė“, kuri yra sukurta ir iš dalies įtvirtinta teisės²³. Dyzenhaus rašė, kad, paskelbus išimtinę padėtį, teisės tvarka ir teisės viršenybė yra eliminuojamos, valstybės pareigūnams suteikiama galių veikti be jokios teisinės kontrolės. Yra teisės mokslininkų, manančių, kad tokios priemonės yra neišvengiamai būtinos ekstremalių situacijų akivaizdoje ir pateisina jas kaip laikinus instrumentus – suspendavimą, išimtiniai aktai yra teisėti ir tikslingi, nes skirti atkurti teisinę tvarką²⁴. Šiuo požiūriu išimtinė padėtis nėra nei specialus teisės institutas, nei neteisė – tai teisės sustabdymas, sankcionuotas pačios teisės, remiantis būtinuoju reikalingumu – lyg spraga, kuri sukurta ir įtvirtinta teisės.

¹⁷ SCHMITT, C. *Political Theology* <...>, p. 12.

¹⁸ Ibidem, p. 13.

¹⁹ McCORMIC, J. P. The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1997, Vol X. No. 1, p. 182.

²⁰ MANIN, B. Checks, Balances, and Boundaries: The Separation of Powers in the Constitutional Debate of 1787. Iš *The Invention of the Modern Republic*, B. Fontana, ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 41.

²¹ Pavyzdžiui, A. V. Dicey teigė, kad teisės viršenybė yra priešinga prerogatyvai ir net plačiai valdžios diskrecijos galiai. DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics, 1982, p. 120.

²² McCORMIC, J. P. The Dilemmas of Dictatorship <...>, p. 182.

²³ DYZENHAUS, D. Schmitt v. Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order? *Cardozo Law Review*, 2005, No. 27, p. 2011.

²⁴ ACKERMAN, B. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. Yale University Press, 2006, p. 58.

O liberalizmo išimtinės padėties ignoravimas teisinėje sistemoje apgyvendina „miglotą pilkąją zoną“, kurioje išimtiniai pareigūnų veiksmai neturi teisėto pagrindo, nes tebegalioja įprastinė teisė, tačiau jie būtini, todėl siekiama juos parodyti esant teisėtus. Tai dar vadinama prisitaikymo modeliu, nes įprastinė tvarka tarsi pritaikoma prie išimtinių priemonių, netgi pripažįstama, kad krizė gali reikalauti tam tikrų egzistuojančios konstitucinės tvarkos pataisymų²⁵. Toks modelis implicitiškai suteikia plačią diskreciją vykdomajai valdžiai, nes tradiciškai jos funkcijoms yra priskiriamas išimtinės padėties valdymas.

Machiavelli rašė, kad neteisiniai išimtinės padėties modeliai yra potenciali grėsmė valdžiai. Jis teigė, kad respublika visada turi turėti išvystytą saugiklių ir balansų sistemą, kuri būtų taikoma išimtinėje padėtyje²⁶. Tarp mokslininkų, palaikančių šią idėją, galima išskirti dvi grupes: tuos, kurie mano, jog išimtinės situacijos turi būti reguliuojamos *ex ante* priimtų ir nuolat galiojančių konstitucinių nuostatų, ir tuos, kurie teigia, kad krizėms labiau tinka specialūs įstatymai ir priemonės²⁷. Pirmasis modelis vadinamas „monistiniu“, nes atmetami visi argumentai, kad krizė pateisina konstitucinės tvarkos sustabdymą ar nuokrypį nuo jos, t. y. išimtinė ir normali padėtis yra reguliuojamos to paties šaltinio. Antrasis modelis vadintinas „dualistiniu“, nes išimtinėi padėčiai reguliuoti yra pasitelkiami specialūs įstatymai (gali būti priimti *ex ante*), kurie normaliomis aplinkybėmis netaikomi, kartu galimas tam tikros dalies įprastinės teisės galiojimo sustabdymas, šiuo atveju pabrėžiamas išimtinės ir įprastinės padėties režimų atskyrimas. Toliau pasitelkiama detalesnė analizė, siekiant atskleisti šių modelių pranašumus ir trūkumus.

2.2. Monistinis išimtinės padėties modelis

Monistinis modelis dažniau pasitaiko bendrosios teisės tradicijos valstybėse. Jo ištakas galima atsekti iš klasikinio liberalizmo, skirto valdžios galioms apriboti. Šio modelio valstybių konstitucijose nėra jokių išimtinių diskrecijos nuostatų. Yra šiuolaikinių teisės mokslininkų, palaikančių šį modelį. Jie teigia, kad egzistuoja teisės principai, kurie yra universalūs ir pritaikomi visomis situacijomis be išimčių, todėl krizei nereikia jokių konstitucinės tvarkos pakeitimų²⁸.

Pavyzdžiui, J. Waldron kankinimų draudimą vadina teisiniu „archetipu“ JAV teisinėje sistemoje. Jis inkorporuoja archetipus į teisės sampratą kartu su taisyklėmis ir principais kaip pamatines teisinės sistemos ypatybes²⁹. Tam nereikia jokio specialaus pripažinimo teisėje, nes egzistuoja kaip principai. Pažeidus archetipą galbūt kiltų didelė žala bet kuriai teisei sistemai. Kankinimų draudimo archetipas rodo priešingą žiaurumui principą, kuris nurodo, kad teisė ir valstybė neturėtų brutaliai elgtis su gyventojais be jokių išimčių, tiek įprastinėje, tiek išimtinėje situacijoje³⁰.

Šio modelio atstovai atmeta idėją, kad krizės pateisina išimtinis nuokrypius nuo normalios konstitucinės tvarkos. Jokių specialių priemonių bendrųjų ar *ad hoc* krizei spręsti nereikia³¹. Laikomasi

²⁵ GROSS, O. Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the Norm-Exception Dichotomy. *Cardozo Law Review*, 2000, No. 21.

²⁶ MACHIAVELLI, N. *Discourses On Livy*, 1517, p. 34 [interaktyvus. Žiūrėta 2013 m. gruodžio 27 d.] Prieiga per internetą: <http://www.constitution.org/mac/disclivy_.htm>.

²⁷ FEREJOHN, J.; ir PASQUINO, P. The law of the exception: A Typology of emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2004, No. 210, p. 224.

²⁸ P vz., WALDRON, J. Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House. *Columbia Law Review*, 2005, No. 105.

²⁹ WALDRON, J. Torture and Positive Law <...>, p. 171.

³⁰ Šį principą patvirtina ir Europos žmogaus teisių teismo pozicija, teismas pripažino, kad egzistuoja tam tikros žmogaus teisės (pavyzdžiui, kankinimų draudimas), kurios yra absoliučios ir jų niekada negalima pažeisti. *Ireland v. United Kingdom*, EŽTT sprendimas (1978 01 18).

³¹ Daugiau žr.: FELDMAN, D. Human Rights, Terrorism and Risk: The Roles of Politicians and Judges. *Public Law*, 2006, p. 364.

principio *fiat justitia ruat caelum*³², tai atspindi „konstitucinio absoliutizmo“ teoriją³³. A. Barak teigimu: „Terorizmas nepateisina teisės normų nesilaikymo. Tuo mes ir skiriamės nuo pačių teroristų.“³⁴ Krizės laikytinos realiomis situacijomis, bet jos nei pateisina konstitucinių teisų suspendavimo ar ekstensyvaus valdžios galių naudojimo, nei tai pateisina.

O. Gross šį modelį vadina „viskas kaip įprasta“ (angl. *Business as Usual*). Nepripažįstama, kad egzistuoja įtampa tarp nacionalinio saugumo ir fundamentalių vertybių, iš kurių ypač pabrėžiama teisės viršenybė. Kai kurių autorių manymu, teisės viršenybė *per se* draudžia teisinės tvarkos suspendavimą išimtinės padėties metu³⁵. Lankstusis modelio variantas reikalauja taikyti tuos pačius konstitucinius standartus išimtinėms situacijoms, tačiau leidžia nukrypti ar plačiau interpretuoti juos taikant.

Monistinė doktrina buvo įtvirtinta 1866 m. JAV Aukščiausiojo Teismo byloje *ex parte Milligan*³⁶. Visų pirma iš čia plaukia, kad valstybės valdžia negali teisėtai naudotis jokiais galiomis, išskyrus tas, kurios jai *expressis verbis* priskirtos Konstitucijoje. Antra, išimtinės padėties metu bet kokie veiksmai, kurių valdžia imasi teisėtai, negali pakeisti ar suspenduoti konstitucinių teisų. Trečia, teismas yra vienintelė institucija, galinti suspenduoti Konstituciją ir apibrėžti teisų vientisumą³⁷.

Šis modelis yra patrauklus, nes reikalaujama nustatyti aiškias taisykles ir išlaikyti principus, kad konstitucinė sistema nebūtų veikiamą krizės ir būtinumo. Tačiau pagrindinė šio modelio silpnybė – nelankstumas ekstremaliomis aplinkybėmis. Oponentai teigia, kad taip ignoruojamas realus valdžios išimtinių galių panaudojimas atsakant į krizes, nes toks modelis neišvengiamai bus nepaisomas rimtos krizės akivaizdoje³⁸.

2.3. Dualistinis išimtinės padėties modelis

Šio modelio atstovai pripažįsta, kad teisės sustabdymas ir išimtiniai įgaliojimai gali būti reikalingi, bet teisėtumas išlaikomas griežtai atskiriant išimtinę situaciją nuo normalios³⁹. Mėginama rasti normatyvius sprendimus, siekiant kontroliuoti išimtinis įgaliojimus apibrėžtais periodais, po kurių buvusi konstitucinė tvarka turi būti atkurta. Dualistinis modelis atskiria laikinąsias priemones, kurios gali būti naudojamos tik kriziniu laikotarpiu, ir kitas priemones normaliems laikams; taip sukuriamą dvilypę tvarką.

Ar išimtiniai įgaliojimai gali peržengti galiojančios konstitucijos ribas, ar jie turi būti aiškiai įtvirtinti konstitucinėmis normomis? Viena vertus, nėra ir negali būti iš anksto aišku, kokių priemonių gali prireikti krizei valdyti, todėl sudėtinga įtvirtinti *ex ante* nuostatas, be to, tokios nuostatos gali sutrukdyti pareigūnams skubiai ir efektyviai reaguoti į krizę. Kita vertus, ar tikrai protinga „ištempti“ viešosios teisės sampratą už konstitucijos ribų būtent krizinėms situacijoms?

Gross savo dualistinį modelį pavadino „Neteisinių priemonių“ modeliu (angl. *Extra-Legal Measures*). Jo teigimu, išėjimas už teisės ribų išsaugo, o ne pažeidžia teisės viršenybės principą, priešin-

³² Liet. „Tegu teisingumas bus įvykdytas, net jei dangus grius“.

³³ FISS, O. The War Against Terrorism and the Rule of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, No. 26, p. 235. „Kad ir kokie pliusai tos teorijos, kuri teigia, kad karas nutildo teisę ar pakeičia jos balsą, toks požiūris neturi jokios vietos interpretuojant ir taikant Konstituciją, sukurtą būtent remiantis demokratijos principais, susidurti su karu ir jį pritaikyti prie jų.“

³⁴ BARAK, A. Foreword: A Judge on Judging – The Role of a Supreme Court in a Democracy. *Harvard Law Review*, 2002, p. 16.

³⁵ DYZENHAUS, D. The Puzzle of the Martial Law. *University of Toronto Law Journal*, 2009, No. 59, p. 201.

³⁶ *Milligan, Ex parte*, 71 U.S. 2, 1866, U.S. Byloje teismas nusprendė, kad kariniai tribunolai negali teisti piliečių tuomet, kai bendrieji teismai vis dar veikia, tokie veiksmai yra nesuderinami su Konstitucija.

³⁷ Daugiau apie JAV teismų praktiką išimtinėmis situacijomis žr.: Hartz, E. From Milligan to Boumediene: Three Models of Emergency Jurisprudence in the American Supreme Court. *Baltic Journal Of Law & Politics*, 2010, Vol. 3, No. 2.

³⁸ GROSS, O. Normless and Exceptionless Exception <...>, p. 1014–1021.

³⁹ FEREJOHN, J.; ir PASQUINO, P. The law of the exception <...>, p. 211.

gai nei nuolatinis jo lankstymas ir tampymas siekiant priderinti prie krizės⁴⁰. Gross modelis remiasi Schmitt teorija, tačiau bandoma atsiriboti nuo autoritarinių jos elementų. Neteisinės išimtinės priemonės turėtų apsaugoti teisės viršenybės vientisumą normaliais laikais. Ši dualizmo versija skiria teisę ir neteisę, o būtent išimtinė neteisinė krizės prigimtis yra apleidžiama, siekiant apsaugoti nuo nuolatinio galiojančios konstitucijos pažeidimo.

Galima teigti, kad šio modelio patrauklumas pagrįstas skeptišku empiriniu pagrindu. Valstybės valdžia išimtinę padėtį dažniausiai mano esant pakankamam pagrindu nukrypti nuo teisės normų. Todėl geriau turėti išimtinis įgaliojimus, kurie nėra teisiniai, kad kiekvienas suprastų, jog tie veiksmai yra išimtiniai, negu bandyti pateisinti išimtinis įgaliojimus kaip atitinkančius konstituciją ir tokiu būdu juos normalizuoti. Tačiau tai nepagrindžia teisės normų nesilaikymo, tiesiog teigiama, kad išimtinis įgaliojimų pasitelkimas yra savaime suprantamas.

Tada išimtinis įgaliojimų taikymas ir kontrolė tampa neteisinis, bet grynai politinis dalykas. Pareigūnai naudojasi neribotomis galiomis išimtinėje padėtyje, o valstybėje įtvirtinama „teisėta“ diktatūra, primenanti Schmitt teoriją. Nėra jokios aiškios kontrolės ir atskaitomybės krizės metu, pradėti tikrinti valdžios veiksmų proporcingumą galima tik krizei pasibaigus. Be to, sukuriamas paradoksas, nes neaišku, kaip reikėtų teisiškai įvertinti neteisinius veiksmus. Didelė rizika, kad bus padaryta ne tik materialių nuostolių, bet ir nepataisoma žala visai teisei sistemai.

Kita dualizmo atmaina siūlo kodifikuoti išimtinis normas ir taip įteisinti išimtinis įgaliojimus. Tai vadinama „respublikonų modeliu“, nes teigiama, kad šiam modeliui darė įtaką senovės Romos išimtinės padėties institutas ir tokių respublikos šalininkų kaip antai Machiavelli ir Rousseau teorijos⁴¹. Manoma, kad išimtinę padėtį geriausia reguliuoti teisinėmis, konstitucinėmis taisyklėmis, kurios yra priimtos *ex ante* kartu su procedūriniais saugikliais, pritaikytais išimtinis įgaliojimams. Taip išimtinę padėtis tampa konstitucionalizuota. Pamatiniai konstituciniai principai lieka galioti, tačiau dalis įprastinės teisės sustabdoma ir pakeičiama išimtiniais įstatymais.

Toks modelis sparčiai populiarėja liberaliose valstybėse, jis tapo lyg naujos konstitucinės praktikos standartu, o išimtinės situacijos – teisine kategorija. Daugelyje Vakarų valstybių išimtinės padėties kontekste pastebimas įstatymų leidybos tendencingumas, kuris pasižymi aiškiu perėjimu nuo vykdomosios valdžios diskrecijos prie įstatyminio reguliavimo sprendžiant klausimus išimtinis atvejais⁴².

3. Išimtinės padėties modelių įtaka teisei sistemai

3.1. Monistinio modelio transformacija

Teismai, nagrinėdami bylas, susijusias su teisėtumo klausimais išimtinėmis situacijomis, dažniausiai turės nuspręsti, ar tam tikras galios panaudojimas atitinkamoje situacijoje buvo proporcingas⁴³. Identifikuoti modeliai rodo skirtingus būdus adresuoti šiuos klausimus ir siūlo skirtingus atsakymus į klausimą, kas išimtinėje padėtyje yra pagrįsta ir teisėta.

Monistinis modelis implikuoja, kad išimtinė padėčiai bus taikomi tokie patys standartai kaip ir įprastinėje padėtyje ir nėra leidžiama jokių nukrypimų. Tačiau teismų praktikos tyrimai JAV ir Jung-

⁴⁰ GROSS, O. Normless and Exceptionless Exception <...>, p. 1097.

⁴¹ FEREJOHN, J.; ir PASQUINO, P. The law of the exception <...>, p. 225.

⁴² SCHEPPELE, K. L. Other People's PATRIOT Acts: Europe's Response to September 11. *Loyola Law Review*, 2004, Vol. 50, p. 129.

⁴³ Vairaitis rašė, kad teismai išimtinėje padėtyje dažniausiai atlieka tik *a posteriori* kontrolę ir nėra linkę vertinti, ar valdžios sprendimas paskelbti išimtinę padėtį buvo pagrįstas. VAIČAITIS, V. A. State of Exception and Judicial Power. *Baltic Journal of Law & Politics*, 2010, Vol. 3, No. 2, p. 37.

tinėje Karalystėje rodo, kad toks teorinis modelio apibūdinimas dažniausiai neatitinka realybės⁴⁴. Tai, kad monistiniame modelyje konstitucija neturi išimtinių normų, nereiškia, kad jų neegzistuoja teorijoje ir praktikoje.

Minėta, kad pamatiniai monizmo principai buvo įtvirtinti *Milligan* byloje, kurioje *inter alia* nustatyta, kad vienintelė institucija, galinti apriboti asmens teisių ir kitų Konstitucijos principų taikymą, yra teismas. Pati savaime monistinė doktrina nėra ydinga, kaip ir minėtas sprendimas. Tačiau šios bylos problema atsiskleidžia monistinės išimtinės padėties supratimą sujungus kartu su vykdomosios valdžios viešpatavimu. Tuomet griežta teisių apsauga *Milligan* byloje gali būti lengvai pakeičiama į lankstų monistinį požiūrį, kuriame teismas plačiai interpretuoja konstituciją, kad būtų įmanoma monistinės konstitucinės sistemos viduje pasitelkti išimties priemones.

Šią transformaciją galima aiškinti dviem pagrindiniais argumentais. Viena, *Milligan* įtvirtintame modelyje teismai prisiima išimtinę atsakomybę už valdžios veiksmų kontrolę. Kita, peržiūrint realių vykdomosios valdžios veiksmų panaudojimą krizės akivaizdoje, teismai tikėtina gali susidurti su įgaliojimų stoka įgyvendinti sprendimus prieš valdžią⁴⁵. Dėl šių priežasčių teismai greičiausiai stengsis bylas spręsti valdžios naudai plačiai interpretuodami konstituciją. Tokios lanksčios bylos vėliau taps precedентаis, kurie paliks negrįžtamą pakeitimų konstitucinėje teisėje.

Šio proceso rezultatas – monistinė doktrina, kuri parodo kitą, ne teisėmis pagrįsto modelio pusę. Išplėsto monistinio modelio apogėjumi laikoma JAV Aukščiausiojo Teismo byla *Korematsu v. JAV*, kurioje teisėjų dauguma palaikė Vyriausybės sprendimą internuoti visus JAV esančius japonus (net ir JAV piliečius) į koncentracijos stovyklas⁴⁶. Teismas nusprendė, kad tokių priemonių reikalauja valstybės saugumas ir kad masinis žmonių uždarymas koncentracijos stovyklose rasistiniu pagrindu atitinka Konstituciją. Svarbu yra tai, kad Teismas nenagrinėjo, ar situacija reikalavo konstitucinių teisių apsaugos sustabdymo, bet argumentavo remdamasis įprastu Konstitucijos interpretavimu⁴⁷.

„Ištemptas“ monistinis modelis buvo pritaikytas ir Jungtinės Karalystės Lordų Rūmų *Rehman* sprendime⁴⁸. Byloje buvo ginčijamas deportavimo įsakymas, priimtas nacionalinio saugumo pagrindais. Lordų Rūmai nusprendė valdžios naudai argumentuodami, kad labai daug politikos šioje srityje, todėl „vykdomoji valdžia yra geriausias teisėjas <...>“⁴⁹.

Išimtinės padėties aplinkybės sukuria sunkias bylas, kurios dažniausiai lemia „blogą“ teisę, ta prasme, kad įstatymai ar teismo precedentai priimti krizės metu visiškai netinka įprastinėmis sąlygomis⁵⁰.

⁴⁴ Monistinė doktrina iki tam tikro momento galiojo JAV ir Jungtinėje Karalystėje. Daugiau apie JAV teismų praktikos analizę žr.: HARTZ, E. From Milligan to Boumediene; ACKERMAN, B. *Before the Next Attack*; apie JK: DYZENHAUS, D. The Puzzle of Martial Law, POOLE, T. Courts and Conditions of Uncertainty in Times of Crisis. *Public Law*, 2008.

⁴⁵ ZUCKERMAN, I. One Law for War and Peace? Judicial Review and Emergency Powers between the Norm and the Exception. *Constellations*, 2006, p. 531.

⁴⁶ *Korematsu v. U.S.*, 584 F.Supp. 1406, D.C.Cal., 1944.

⁴⁷ Panašus sprendimas buvo priimtas ir 1943 m. byloje *Hirabayashi v. JAV*. Šis aprašytas „ištemptas“ monistinis modelis buvo patvirtintas ir 2004 m. byloje *Hamdi v. Rumsfeld*, kur Teismas pripažino, kad valdžia turi įgaliojimus be teismo sulaikyti „priešiškus kovotojus“, tačiau JAV piliečiams turi būti suteikta teisė ginčyti savo statusą prieš neutralų tribunolą, bet tai nebūtinai turi būti teismas. Taigi sulaikytiems JAV piliečiams turi būti užtikrintas tinkamas procesas (principas), bet nebūtinai teisme, tai gali būti neutrali komisija (transformacija).

⁴⁸ *Secretary of State for the Home Department v Rehman*. UKHL 47, 2001, 17. Nuspręsta, kad rizika nacionaliniam saugumui nebūtinai turi būti tiesioginė grėsmė valstybei.

⁴⁹ *Secretary of State for the Home Department v Rehman*, 28. „Teismas negali kištis į jam nepriklausančias sritis, įskaitant užsienio politiką.“

⁵⁰ Teisėjas O. W. Holmes teigė, kad sunkios bylos kuria blogą teisę. Jos painioja teisės sistemą, pažeidžia teisėtų lūkesčių principą. Sunkios bylos, būdamos atipinės ir ekstremalios, dažniausiai baigiasi tokiais sprendimais, kurie nedera su teisės principais. HOLMES, O.W. *The Path of the Law*. Iš: Freeman, M.D.A. *Lloyds's Introduction to Jurisprudence*. London: Sweet & Maxwell, 2001.

Gross teigia, kad galima pastebėti bendrą tendenciją pamatinių teisinių laisvių siaurėjimo link, kurią lemia nerimą keliantis išimtinių įgaliojimų išplėtimas: pastarojo šimtmečio eigoje išimtinės padėties transformacija iki taisyklės reiškia, kad vykdomosios valdžios diskrecija labai išsiplėtė ir dėl to nuken-
tėjo pilietinės laisvės⁵¹. Pagrindinis šios tendencijos šaltinis yra tai, kad įprastinė teisė pernelyg dažnai deformuojama išimtinių įstatymų ir precedentų, kurie viršija vykdomosios valdžios diskrecijos ribas ir yra paliekami galioti net krizei pasibaigus.

Monistinis modelis tarsi uždeda teisinius apribojimus pareigūnų veiksams, kartu nestabdo teisės galiojimo, bet tie apribojimai yra tokie patys kaip ir įprastinėje padėtyje. Įprastinė teisė, sukurta normaliomis aplinkybėmis, vargu ar yra pakankama išimtinai padėčiai sureguliuoti. Neadekvatūs apribojimai krizės metu leidžia (ar net nepalieka kitos išeities) valdžiai kaip tik jų nepaisyti. To rezultatas yra „miglotą pilkoji zona“ teisėje⁵². Ji atsiranda, kai iš esmės neteisėti veiksmai pridengiami teisės nuostatomis. Todėl išimtinės padėties, pagrįstos teisės viršenybe, įvaizdis tėra neribota išimtinė valstybės valdžia.

Tai puikiai iliustruoja M. Ignatieff knyga „Mažesnis blogis“ (angl. *Lesser Evil*). Teigiama, kad pastaruoju metu demokratijos susiduria su tragišku pasirinkimu. Išimtinė padėtis reiškia, kad neišvengiamai turima elgtis blogai, tačiau tikrasis iššūkis yra pasirinkti mažesnę blogį ir siekti, kad jis netaptų didesniu. Reikia elgtis protingai, nesivadovauti akiai principais, nes „būtinumas gali reikalauti imtis veiksmų, kad apgintume demokratiją, kurie nuklys toli nuo demokratijos pamatinio įsipareigojimo orumui“⁵³.

Minėta teorija ir praktika turi daug panašumų. Labiau atsižvelgiama į valdžios teiginius, kad išimtinės situacijos prigimtis reikalauja specialių taisyklių ir kitokio teisėjų, kurie jas interpretuoja ar peržiūri jų taikymą, požiūrio. Teismai atrodo linkę pripažinti vykdomosios valdžios poreikius, suteikdami jai plačią diskreciją. Ši pozicija pateisinama pragmatiškai, argumentuojama, kad yra teisės taikymo ribos⁵⁴. Taigi, nors teisės galiojimas nėra sustabdomas, pagrindiniai tokios padėties požymiai, tikėtina, bus ekstensyvi vykdomoji valdžia bei laipsniškas skirtumo tarp normalios ir išimtinės padėties nykimas. Ribų nykimo padarinys – anksčiau ar vėliau pasikeičianti tvarkos orientacija daugiau link „krizės“ ir „saugumo“ tikslų, o ne įprastinės tvarkos ir teisėtumo.

3.2. Procedūrinis teisingumas

Pastaruoju metu dualistinis „respublikonų“ modelis daugelio teisės mokslininkų yra laikomas tinkamiausiu būdu užtikrinti proporcingą išimtinės padėties valdymą⁵⁵. Pagal modelio įtaką teismams jį dar būtų galima pavadinti „procedūriniu“ modeliu. Šis modelis aiškiai skiria išimtinę ir įprastą padėtį, o tai reiškia, kad teismams leidžiama taikyti skirtingus standartus. Teismas gali įvertinti situaciją pagal teisės viršenybės principą, nes valdžiai leidžiamos išimtinės priemonės yra nustatytos konstitucijoje ir specialiuose įstatymuose⁵⁶.

⁵¹ GROSS, O. Normless and Exceptionless Exception <...>, p. 1097.

⁵² DYZENHAUS, D. *Schmitt v Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order?* <...>

⁵³ IGNATIEFF, M. *The Lesser Evil*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 2004. Taip pat šią situaciją aprašo, pvz., ACKERMAN, B. *Before the Next Attack* <...>.

⁵⁴ POOLE, T. Courts <...>, p. 9.

⁵⁵ ZUCKERMAN, I. One Law <...>; FERREJOHN, J.; ir PASQUINO, P. The law of the exception <...>.

⁵⁶ Naujos konstitucijos dažnai *expressis verbis* suvaržo nepaprastąją padėtį teisinėmis garantijomis. Pavyzdžiui, Europos valstybėse, kurios po 1990 m. išsilaisvino iš totalitarinių režimų, konstitucijos dažnai pakankamai detalios nustato apsaugą nuo piktnaudžiavimo išimtiniais įgaliojimais (ir 1992 m. Lietuvos Respublikos Konstitucija). O kitos valstybės priėmė specialius atskirus teisės aktus, kurie leistų valdyti išimtinę padėtį neperžengiant teisės ribų (pvz., Kanada, Ispanija ir kt.).

Vienas iš pirmųjų šio modelio taikymo pavyzdžių yra 1952 m. JAV Aukščiausiojo Teismo byla *Youngstown v. Sawyer*⁵⁷. Šios bylos statusas yra simbolinis todėl, kad buvo pereita nuo išimtinės vykdomosios valdžios diskrecijos prie išplėsto parlamento vaidmens išimtinėje padėtyje. Teismas analizavo parlamento ir vykdomosios valdžios santykį ir pasakė, kad vykdomoji valdžia nėra nejudinama, jos diskrecija kinta ir privalo taikytis prie parlamento sankcionavimo. Vykdomosios valdžios kontrolė išimtinėje padėtyje nėra tik teismų atsakomybė, už tai atsakingas ir parlamentas. Teismas patvirtino šią procedūrinę schemą, išlaikančią valdžių padalijimą ir vėlesnėje praktikoje⁵⁸.

Taigi didelė dalis atsakomybės, kai yra išimtinė padėtis, pereina parlamentui. Tačiau, jeigu įstatymų leidžiamoji institucija išimtinėje padėtyje deleguoja savo galias vykdomajai valdžiai arba nenori naudotis savo prerogatyva, šis modelis tampa neveiksmingas. Geras pavyzdys yra JAV Kongreso atsakas į *Hamdan* sprendimą – išleistas teisės aktas, kuris sankcionavo tas pačias karines komisijas, įsteigtas teisti sulaikytus įtariamuosius teroristus, kurias Teismas pripažino neteisėtomis (nebuvo jas sankcionuojančio įstatymo). Kitoje byloje Teismas buvo priverstas imtis spęsti teisių klausimą per vertybinę prizmę, o ne tik procedūriniu lygmeniu, kas buvo padaryta byloje *Boumediene v. Bush*⁵⁹.

Panašiai nuspręsta Jungtinės Karalystės Lordų rūmų byloje *A. v. Vidaus reikalų ministras Nr. 1* (vadinama *Belmarsh* byla)⁶⁰ ir *A. v. Vidaus reikalų ministras Nr. 2* (vadinama *Torture evidence* byla)⁶¹. Pirmojoje byloje teisės aktas, kuris leido vidaus reikalų ministrui sulaikyti asmenis (tik užsieniečius, kurie negali būti deportuoti) neribotam laikui, be teismo leidimo, prieštaravo 1998 m. Žmogaus teisių aktui⁶², konkrečiai nediskriminavimo ir proporcingumo principams. Taip pat pasakyta, kad po 2001 m. situacija buvo kritinė, todėl vykdomajai valdžiai pagrįstai priklausė išplėsta diskrecija. Atitinkamai antrojoje byloje Lordų rūmai nusprendė, kad kankinimai jokiais aplinkybėmis nesuderinami su *common law*, tačiau pripažino, kad kankinimais išgauti įrodymai tam tikrais atvejais gali būti priimtini. Pastebimas tam tikras nenuoseklumas tarp aiškaus principų taikymo, kuris vienija šias bylas, ir tam tikro pragmatiško požiūrio bei prisitaikymo prie valdžios poreikių, sprendžiant šalutinius klausimus⁶³.

Valdžios galių padalijimas leidžia priimti sprendimus, būtinus konkrečioje kritinėje situacijoje, kartu pripažįsta poreikį apriboti vykdomosios valdžios diskreciją, siekiant išvengti piktnaudžiavimo. Šis modelis užtikrina procedūrinį teisingumą, tačiau vien procedūrinis teisingumas neužtikrina teisėto ir teisingo sprendimo materialiu požiūriu, jis turi būti derinamas su materialiuoju teisingumu⁶⁴. Valdžios galių padalijimas vis dėlto nėra garantija, kad teisės krizės metu nebus pažeidžiamos. Neišvengiamai krizės metu galios išsiplėčia, o teisės susitraukia (nors nebūtinai yra sustabdomos).

Kaip minėta, dualistiniame modelyje svarbu aiškiai atskirti išimtinius įgaliojimus nuo ordinarinių. Tradicinė išimtinių įstatymų koncepcija remiasi tuo, kad tokių įstatymų galiojimas yra apribotas nustatyto laiko terminu, specialia užduotimi ir tikslu, kad pasibaigus išimtiniai padėčiai prieš tai galiojusi

⁵⁷ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*; 343 U.S. 579 (1952). Ši byla dar vadinama *Steel seizure* (liet. „plieno sulaikymas“), nes Prezidentas H. Trumanas vykdomuoju įsaku nurodė areštuoti privačią nuosavybę, siekdamas išvengti streikų ir išlaikyti veikiančias gamyklas. Teismas pasakė, kad Prezidentas neturi teisės areštuoti privačią nuosavybę, nes to nenumatyta konstitucijoje, nei įstatymuose. Tuo metu šis sprendimas teismų praktikoje buvo daugiau išimtis nei taisyklė.

⁵⁸ *Hamdan v. Rumsfeld*. 548 U.S. 557, 126 S.Ct. 2749, U.S., 2006 Teismas pripažino neteisėtomis (nes nebuvo jas sankcionuojančio įstatymo) karines komisijas, kurias Prezidento administracija įsteigė teisti sulaikytus įtariamuosius teroristus.

⁵⁹ *Boumediene v. Bush*. 128 S.Ct. 2229 (2008) Daugiau apie JAV Aukščiausiojo Teismo tendencijas žr.: HARTZ, E. From Milligan to Boumediene <...>.

⁶⁰ *A. and others v. Secretary of the State for the Home Department*, UKHL 56, 2004.

⁶¹ *A. v. Secretary of the State for the Home Department No. 2*, UKHL 71, 2005.

⁶² Šis aktas įtraukė EŽTK į JK teisę.

⁶³ Dėl to šias bylas būtų galima kritikuoti lyginant su *Hamdi v. Rumsfeld*.

⁶⁴ DEREŠKEVIČIŪTĖ, M. Procedūrinio teisingumo elementai Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo jurisprudencijoje. *Teisė*, 2013, t. 87, p. 125.

tvarka turi būti atkurta. Tačiau atsirado ir šių dienų fenomenas, kuris yra neapribotas nei laiko, nei erdvės ir gali būti taikomas kartu su ordinarine teise⁶⁵. Išimtiniai įgaliojimai pasirodo ta pačia įstatymų forma kaip ir kitos teisės normos. Tokiu būdu realybė išeina iš dualistinio modelio ir taip pat gali būti pavadinta monizmu, nes išimtinė ir ordinarinė įstatymų leidyba susimaišo. Kai ribos tarp normalių ir išimtinų situacijų tampa neaiškios, išimtiniai įgaliojimai turi daugiau įtakos normalioms situacijoms nei *vice versa*.

4. Išimtinės padėties normalizacija *versus* universalizacija

4.1. Išimtinės padėties normalizacija

Terminas „normalizacija“ labai populiarus, kalbant apie išimtinę padėtį pastaruoju dešimtmėčiu⁶⁶. Šiuolaikinės valdžios polinkis pasitelkti išimtinės galias lėmė, kad įvairiais keliais išimtis – išimtinė padėtis ir nepaprastasis režimas – susiliejo su taisykle – norma ir įprastine padėtimi. Dyzenhaus pažymi: „Negalima prisijaukinti išimties. Jeigu ji yra įtraukiama į teisės sistemą ir su ja taip elgiamasi, ji išplis.“⁶⁷ Pasak autoriaus, tai, kas buvo laikina, taps pastovu, toliau kels grėsmę pilietinėms laisvėms net ir pasibaigus išimtinės padėties periodui. Galimi padariniai yra tikimybė nukrypti į naują normalumo koncepciją, kuri gerokai išplėstas valstybės valdžios galias laikys savaime suprantamu dalyku. Kitaip tariant, normos ir išimties mišinys veda prie dar didesnio pastarosios vaidmens pirmosios sąskaita.

Išimtiniai įgaliojimai turėtų būti suteikiami valdžiai tik laikinai, aiškiai apibrėžtu laikotarpiu. Tačiau laikini periodai yra linkę normalizuotis, nes laikina išimtinų įstatymų leidyba dažnai būna pratęsiama ir atnaujinama. Tarp įstatymų yra tipiška rasti aktų, kurie iš pradžių buvo priimti kaip laikina priemonė ekstremalioje situacijoje, bet vėliau buvo transformuoti į nuolatinis teisės aktus⁶⁸. Tokie pratęsimai sukuria plačias galimybes vyriausybei prieiti prie extraordinariųjų galių, kurios po „pratęsimo“ tampa normalios teisinės sistemos dalimi. Pavojus kyla tada, kai „išimtinė“ teisėkūra yra naudojama ne krizės, o kitiems tikslams. Ši tendencija yra susijusi su pratęstu periodu, kurį tam tikras įstatymas galioja. Kuo ilgiau jis veikia, tuo didesnė tikimybė, kad išimtinis įstatymas bus panaudotas tokioms aplinkybėms, kurioms nebuvo planuotas⁶⁹. Be to, išimtinės įstatymų leidybos procedūra yra sutrumpinta ir ribotai viešinama. Tai reiškia, kad tokie įstatymai sulauks mažiau visuomenės dėmesio, todėl išimtinės nuostatos gali pasklisti normalioje teisinėje sistemoje be jokių diskusijų.

Naujos krizinės įstatymų leidybos normalizavimo formos yra arba modifikuotas dualistinis modelis, arba naujas „ištemptas“ monizmas. Jos akivaizdžiai praradusios teigiamus dualizmo bruožus, t. y. aiškų atskyrimą ir grynai išimtinę krizinę įstatymų leidybą. Taip pat jos nebeturi ir monizmo pranašumų, nes nyksta integruoti universalūs konstituciniai standartai. Tiek nuolatinė išimtinė padėtis, tiek reguliarus pilietinių ir politinių laisvių suspendavimas primena Schmitt analizę dėl visos teisės sustabdymo kaip atsakymo į kritines situacijas, kurios yra grėsmė valstybei išlikti. Tačiau Schmitt išimtinė padėtis yra iš anksto nenumatytas atsakas į staiga iškilusią egzistencinę krizę, o Agamben pabrėžia, kad išimtinės padėties normalizacija yra sąmoninga išimtinės ir „normalios“ tvarkos⁷⁰ santykių transformacija.

⁶⁵ Šių laikų fenomenu vadinamas „karas su terorizmu“, kuris trunka jau daugelį metų. Teisės moksle nesutariama, ar tai galima vadinti išimtinę padėtimi, nes ji neatitinka pagrindinių bruožų – tai yra nuolatinė grėsmė, bet ne reali ekstremali situacija, kuri tiesiogiai grasina valstybės išlikimui, taigi neatitinka laikinumo ir konservatyvaus tikslo požymiai. Apie tai daugiau žr.: FEREJOHN, J.; ir PASQUINO, P. The law <...>.

⁶⁶ Jį vartoja Agamben, Ackerman, Gross, Poole ir kiti.

⁶⁷ DYZENHAUS, D. Schmitt v. Dicey <...>, p. 41.

⁶⁸ GROSS, O. Normless and Exceptionless Exception <...>, p. 1065.

⁶⁹ Kaip pavyzdį būtų galima paminėti Lietuvos teisinę padėtį po 1926 m. perversmo.

⁷⁰ AGAMBEN G. *State of Exception* <...>, p. 2.

Išimties normalizacija įprastiniame valstybės gyvenime įneša rizikos, grėsmės ir nacionalinio saugumo argumentus, kuriuos vartoja valdžia, siekdama pateisinti savo sprendimus. Mūsų amžius kartais vadinamas teisių amžiumi, bet tai ir nesaugumo laikmetis. J. N. Shklar rašė, kad žmogaus teisių samprata, išvystyta po Antrojo pasaulinio karo, buvo paskatinta „baimės liberalizmo“, kitaip tariant, moralios teisės poreikis buvo palaikomas ne protingų argumentų, bet siaubingų prisiminimų⁷¹. Šį teiginį galima pritaikyti šiuolaikinei išimtinės padėties sampratai.

Kalbant apie tikimybę, kad tam tikru metu gali kilti pavojų, yra pasitelkiami rizikos argumentai, kurie įveda tam tikrą struktūrą ir leidžia tokias baimes artikuliuoti ir „valdyti“. Rizikos valdymas, kaip pažymima, viešojo administravimo veiksams suteikia „strategijos ir kontrolės“ prasmę⁷². Ši iliuzija suteikia saugumo jausmą nerimaujančiai visuomenei ir pasiūlo naudingą teisėtumo pagrindimo priemonę valdžiai.

Šiuo atveju valdžios praktika yra ne grįžimas prie šmitiškų metodų, kaip teigia dalis autorių, bet ne mažiau pavojingas naujas valstybės saugumo politikos tarpsnis. Tokios saugumo politikos vystymas lemia sąlyginę teisės vaidmens mažėjimą valdant ir tai, kad teisė dažniau tampa sąmoningai nukreiptu įrankiu. Agamben teigimu, XX a. išimtinės padėties vaidmuo iš esmės transformavosi – išimtinė padėtis tapo taisykle, „dominuojančia valdžios paradigma“⁷³. Ši transformacija lėmė liberalaus pasaulio valstybingumo tradicijos krizę, nes išimtinė ir įprastinė tvarka, anomija ir teisė perėjo į radikalią nuolatinę neperskiriamumo zoną⁷⁴.

Agamben išimtinės padėties teorija remiasi ne tik Schmitt, bet ir C. Rossiter darbu „Konstitucinė diktatūra“. Pagrindinis Rossiter keliamas klausimas: „Ar gali demokratija sėkmingai kovoti totaliniame kare ir išlikti demokratija po to, kai karas baigsis?“⁷⁵ Agamben atsakymas yra skeptiškas. Tačiau jis apie šiuolaikinę politinę situaciją kalba gana abstrakčiai („išimtis tapo taisykle“ ir tai yra „valdžios metodas“, kuris „pasiekė maksimalią dislokaciją pasauliniu mastu“)⁷⁶.

4.2. Išimtinės padėties universalizacija

Pagrindinis klausimas turėtų būti, kaip suteikti liberaliai demokratinei valdžiai pakankamai laisvės valdyti kritines situacijas, tačiau užkirsti kelią įprastinei teisei užteršti antiliberaliomis išimtinėmis priemonėmis ir precedentais? Teisiniu požiūriu dualistinis respublikonų modelis yra tinkamiausias iš esamų alternatyvų šių laikų išimtinę padėčiai neabsoliutinės Vakarų teisės tradicijos kontekste.

Galima išskirti dvi pagrindines priežastis, kodėl yra reikalingos konstitucinės išimtinėms įgaliojimų nuostatos. Pirma, tradicinės demokratinės respublikos institutai yra tinkami saugoti laisvės normaliomis aplinkybėmis, tačiau jie yra per daug gremėzdiški, kad veiktų išimtinėje situacijoje, todėl reikalingi specialūs institutai⁷⁷. Įprastinės institucijos veikia labai lėtai, visų nuomonių išklausymas ir konsensuso pasiekimas trunka daug laiko, o priemonės, taikomos situacijomis, kurios negali laukti, yra pavojingos. Todėl, kaip raše Machiavelli, reikalingi metodai, kurie leistų mažesnėje grupėje be platesnių konsultacijų priimti neatidėliotinus sprendimus⁷⁸.

⁷¹ SHKLAR, J. The Liberalism of Fear iš S. Hoffman (ed.). *Political Thought and Political Thinkers*. Chicago: University of Chicago Press, 1998: baimės liberalizmas „tikrai nepasiūlo *summum malum*, kurį mes visi žinome ir vengtume, jeigu tik galėtume. Tas blogis yra žiaurumas ir baimė, kurią jis įkvepia, ir pati baimės baimė“.

⁷² POOLE, T. Courts <...>, p. 14.

⁷³ AGAMBEN G. *State of Exception* <...>, p. 58–59.

⁷⁴ Ibidem, p. 60.

⁷⁵ ROSSITER, C. *Constitutional Dictatorship* <...>, p. 3.

⁷⁶ AGAMBEN G. *State of Exception* <...>, p. 87.

⁷⁷ FERREJOHN, J.; ir PASQUINO, P. The law <...>, p. 233.

⁷⁸ MACHIAVELLI, N. *Discourses* <...>.

Tačiau tie metodai turi būti konstituciškai įtvirtinti ir tai atskleidžia antrąją priežastį – tam, kad būtų apsaugota įprastinė teisinė tvarka nuo to, kas vyksta krizėje. Reikia aiškiai skirti įprastinę tvarką, kuri saugo teises ir laisves, bei išimtinę – skirtą krizėms. Nėra jokio teisėto pagrindo „ištempti“ viešosios teisės sampratą už konstitucijos ribų būtent krizinėms situacijoms. Labai svarbu, kad išimtinė padėtis būtų teisinė ir įtvirtinta konstitucijoje. Taigi viena iš priemonių prieš išimtinės padėties normalizaciją yra jos pavertimas teisine kategorija – universalizacija.

Toks „išimtinis“ teisinis reguliavimas iš dalies privalo remtis „vidinio teisės moralumo idėja“ ir pasitikėjimu⁷⁹. Tačiau, be abejo, yra reikalinga reali saugiklių ir kontrolės sistema, kuri veiktų padalijus atitinkamus įgaliojimus visoms trims valstybės valdžioms. JAV ir Jungtinės Karalystės teismų praktikos istorija šiuo klausimu yra įdomus pavyzdys, kaip ieškoma tinkamų sprendimų.

Minėta, kad dualistinis modelis yra labai plati kategorija, apimanti daugybę skirtingų institutų, iš kurių daugelis gali pasirodyti visiškai netinkami⁸⁰. Tačiau išimtinės padėties teisinis reguliavimas turėtų atitikti keturis pagrindinius principus: a) valdžiai turi būti suteiktos galimybės įveikti krizę, b) turi būti apribotos valdžios galios jas panaudoti kitiems tikslams, c) turi būti užtikrinta, kad pasibaigus krizei bus visiškai atkurta prieš tai galiojusi tvarka, d) taikomi tie patys teisėtumo standartai kaip įprastai.

Vienas iš pagrindinių dualistinės teorijos argumentų yra tai, kad vienintelis teisių suspendavimo pateisinimas yra jų atkūrimas. Teisėtai sustabdyti teisių apsaugą galima tik tada, kai jas ginanti institucija yra realiai pavojuje⁸¹. Tačiau teisės neturėtų būti suspenduojamos tam, kad būtų užtikrintas saugumo ir pasitikėjimo jausmas valstybėje.

Šiuolaikinės valdžios pastangos užtikrinti saugumo jausmą visuomenėje yra neatsiejamas nuo mėginimo įtvirtinti tam tikrą demokratinį teisėtumą su paternalistiniu valstybės galios legitimavimu per saugumo iškėlimą iki prioritetinio politikos tikslo. Susidūrusios su neaiškumo sąlygomis, valdžios institucijos turi dvi išeitis – pasinaudoti rizikos argumentais, o tai suteikia plačią diskreciją vykdomajai valdžiai, arba suabejoti ir ginčyti tokius argumentus, su šia pozicija geriausiai dera dualistinis modelis. Tačiau sudėtinga, galbūt net neįmanoma, objektyviai apibrėžti išimtinės padėties sampratą taip, kad taptų neįmanoma piktnaudžiauti.

Išvados

Išimtinė padėtis nebėra pakankamas pagrindas nukrypti nuo bendrųjų teisės principų, išimtinėms priemonėms turi būti taikomi atitinkamai teisės viršenybės, proporcingumo ir kiti principai. Aiški, iš anksto nustatyta schema ir pripažinimas, kad liberalūs principai reikalauja išimtinių priemonių jiems apginti, veikia geriau nei nuolatinė grėsmė, kuri uždarama rate stimuliuoja visuomenės nerimą, o tai sukelia vis naujas represinės įstatymų leidybos bangas. Nėra jokio teisėto pagrindo „ištempti“ viešosios teisės sampratą už konstitucijos ribų būtent krizinėms situacijoms.

Tiek teorijoje, tiek praktikoje esame tik pačioje pradžioje proceso, kuriame disciplinuojame išimtinių valdžios galių panaudojimą kūrybiškai vystydami tradicinius teisinius saugiklius ir svertus. Būtent teisės pagalba išimtinės padėties sampratą siekiama transformuoti nuo diktatūros modelio iki šių laikų teisės viršenybe grįstos koncepcijos. Šiuolaikinė išimtinė padėtis suprantama kaip atsargiai ribotas režimas, toleruojamas tik kaip neišvengiama (nors ir nepageidaujama) būtinybė, kurio pagrindinis tikslas visada yra jo pabaiga. Tai yra užduotis tiek teisės mokslui, tiek įstatymų leidėjui – ieškoti teisinių būdų ir priemonių, kuriais remiantis išimtinė padėtis nepavirstų į prigimtine kovą už būvį.

⁷⁹ MURPHY, J. G.; COLEMAN, J. L. *Philosophy of Law*. Boulder, 1990.

⁸⁰ Diskusijas apie konkrečius institucinius pasiūlymus reikia palikti ateičiai, nes mokslinio tyrimo stadija dar neleidžia to daryti.

⁸¹ POOLE, T. *Courts <...>*, p. 13.

Įstatymų leidėjui tenka atsakomybė ne tik paskelbti išimtinę padėtį, bet ir balansuoti išimtinės padėties sampratą tarp saugumo ir būtinumo reikalavimų bei teisės principų. Teismai dalijasi šia atsakomybe, jiems dažniausiai tenka nuolatinė *ex post* kontrolė ir jie yra ta paskutinė institucija, kuri privalo išlaikyti teisinės valstybės principą, kai kitoms institucijoms nepavyksta. Jie gali interpretuoti įstatymų normas taip, kad apribotų vykdomosios valdžios elgesį išimtinėje padėtyje bei pripažinti pareigūnus atsakingus už tai, kaip jie vykdė išimtinis įgaliojimus, remdamiesi konstitucija arba įstatymais. Galiausiai jie gali atsisakyti taikyti neteisėtus ar nekonstitucinius aktus.

LITERATŪRA

Teisės aktai

1. Lietuvos Respublikos Konstitucija. *Valstybės žinios*, 1992, nr. 33-1014.
2. Žmogaus teisių ir laisvių apsaugos konvencija, papildyta protokolu Nr. 11, *Council of Europe Treaty Series*, No. 5.

Specialioji literatūra

3. ACKERMAN, B. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. Yale University Press, 2006.
4. AGAMBEN, G. *State of Exception*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
5. BARAK, A. Foreword: A Judge on Judging – The Role of a Supreme Court in a Democracy. *Harvard Law Review*, 2002.
6. BERKMANAS, T. Schmitt v. Kelsen: the Total State of Exception Posited for the Total Regulation of Life. *Baltic Journal of Law & Politics*, 2010, Vol. 3, No. 2.
7. DYZENHAUS, D. The Puzzle of the Martial Law. *University of Toronto Law Journal*, 2009, No. 59.
8. DYZENHAUS, D. Schmitt v. Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order? *Cardozo Law Review*, 2005, No. 27.
9. FERREJOHN, J.; ir PASQUINO, P. The law of the exception: A Typology of emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2004, No. 210.
10. FELDMAN, D. Human Rights, Terrorism and Risk: The Roles of Politicians and Judges. *Public Law*, 2006.
11. FISS, O. The War Against Terrorism and the Rule of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, No. 26.
12. GAILIUS, B. Partizanų diktatūra. *Politologija*, 2011, t. 2 (62).
13. GROSS, O. Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the Norm-Exception Dichotomy. *Cardozo Law Review*, 2000, No. 21.
14. HARTZ, E. From Milligan to Boumediene: Three Models of Emergency Jurisprudence in the American Supreme Court. *Baltic Journal of Law & Politics*, 2010, Vol. 3, No. 2.
15. IGNATIEFF, M. *The Lesser Evil*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2004.
16. LOCKE, J. *Second Treatise on Civil Government*, 1690 [interaktyvus. Žiūrėta 2013 m. gruodžio 27 d.]. Prieiga per internetą: <<http://www.constitution.org/jl/2ndtreat.htm>>.
17. MACHIAVELLI, N. *Discourses On Livy*, 1517. [interaktyvus. Žiūrėta 2013 m. gruodžio 27 d.]. Prieiga per internetą: <http://www.constitution.org/mac/disclivy_.htm>.
18. MANIN, B. Checks, Balances, and Boundaries: The Separation of Powers in the Constitutional Debate of 1787 iš *The Invention of the Modern Republic*, B. Fontana, ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
19. MCCORMIC, J. P. The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1997, Vol. X. No. 1.
20. POOLE, T. Courts and Conditions of Uncertainty in Times of Crisis. *Public Law*, 2008.
21. ROSSITER, C. *Constitutional Dictatorship*. Princeton: University Press, 1948.
22. SCHMITT, C. *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2005.
23. SCHEPPELE, K. L. Other People's PATRIOT Acts: Europe's Response to September 11. *Loyola Law Review*, 2004, Vol. 50.
24. SHKLAR, J. The Liberalism of Fear iš S. Hoffman (ed.), *Political Thought and Political Thinkers*, Chicago: University of Chicago Press, 1998.
25. VAIČAITIS, V. A. State of Exception and Judicial Power. *Baltic Journal of Law & Politics*, 2010, Vol. 3, No. 2.
26. WALDRON, J. Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House. *Columbia Law Review*, 2005, No. 105.
27. ZUCKERMAN, I. One Law for War and Peace? Judicial Review and Emergency Powers between the Norm and the Exception. *Constellations*, 2006, p. 531

Praktinė medžiaga

Jungtinės Karalystės Lordų rūmų sprendimai

28. *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, UKHL 56, 2004.
29. *A. v. Secretary of the State for the Home Department No. 2* UKHL 71, 2005.
30. *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, UKHL 47, 2001.

JAV Aukščiausiojo Teismo sprendimai

31. *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 128 S.Ct. 2229, U.S., 2008.
32. *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 126 S.Ct. 2749, U.S., 2006.
33. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507, 124 S.Ct. 2633, U.S., 2004.
34. *Hirabayashi v. U.S.*, 320 U.S. 81, 63 S.Ct. 1375, U.S. 1943.
35. *Korematsu v. U.S.*, 584 F.Supp. 1406, D.C.Cal., 1984.
36. *Milligan, Ex parte*, 71 U.S. 2, 1866, U.S., 1866.
37. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 72 S.Ct. 863, U.S., 1952.

CONSTITUTIONAL CONCEPT OF THE STATE OF EXCEPTION: THE REALTION BETWEEN LEGALITY AND EMERGENCY IN PUBLIC LAW

Aušra Vainorienė

Summary

This paper examines the legal notion of the state of exception. The term “exceptional” is used in public law to indicate a measure that deviates from legal and most importantly constitutional standards. This paper aims to answer, if state of exception can be governed by universal law? Does it make sense to stretch the notion of public law beyond the constitution to emergency situations?

There are two main ways to interpret the concept of the state of exception – either in a Schmittian sense as completely distinctive from law or as inherent part of legal system but somehow different legal body. In the first case state of exception means total suspension of law and unlimited state power. In the second case exception means partial suspension of ordinary law, which determines the limits of applicable law. It is possible to distinguish the third alternative that there exists illegitimacy in law itself or even more – that this illegitimacy is the essence of law.

The problem of contemporary emergencies is that we do not wish to give unlimited power to state officials anymore and since we cannot predict what measures may be necessary it becomes even more complicated to cope with emergencies. The plausible way seems to create the emergency legal system in which there are rules, rights, and procedures, however, it is important to take into account their limited possibilities. Nonetheless, we use legal measures to transform the concept of the state of exception from dictatorship to the model that is based on the rule of law. The state of exception is not a legitimate excuse to depart from constitutional standards anymore; emergency powers must meet the rule of law, proportionality and other principles.

Įteikta 2013 m. spalio 9 d.

Priimta publikuoti 2014 m. vasario 19 d.